

wissensvertreters fällt auch das von Wetzell a. a. O. geäußerte erste Bedenken weg, weil es nur auf den Reinigungseid des Deferenten paßt; was aber das zweite anlangt, daß auch die Ergänzung eines unvollständig erbrachten (direkten) Gegenbeweises nicht zuläßig sei, so wird dasselbe bei der Gewissensvertretung durch einen um mehrere Jahrhunderte hindurch sich gleich gebliebenen Gerichtsbrauch, der instar legis ist, beseitigt, und nur das muß man zugeben, daß ein purgatorium des Klägers bei unvollständig erbrachtem direkten Gegenbeweise des Beklagten juristisch undenkbar ist.

II.

Ueber das Verhör der Zeugen, namentlich der auswärtigen.

Von

Herrn Dr. Carl Alexander von Duhn,
Richter in Lübeck.

Die bei lebhaftem Verkehr häufig eintretende Nothwendigkeit, Zeugen durch einen requirirten Richter abhören zu lassen, führt auf die Frage: nach welchen Gesetzen dabei zu verfahren sei, wenn am Wohnorte des Zeugen andere Formen des Zeugenverhörs gelten, als bei dem Gerichte, wo der Prozeß geführt wird? In den bedeutendsten Ausführungen über die Kollision der Gesetze wird der Prozeß entweder, wie bei von Savigny und Wächter, gar nicht oder nur obenhin berührt. Story äußert über jene Frage gar keine eigene Meinung, sondern referirt blos einen Ausspruch von Voet, wonach das Gesetz des Orts, wo der Zeuge verhört wird, entscheiden soll [1]. Schäffner meint, es komme

---

1) Vgl. Story, Commentaries on the conflict of laws. Edinburgh 1835. p. 525. Die von ihm hier angeführten Worte Paul Voet's aus dessen Werk de Statutis Amst. 1661, Sect. 10, cap. unic §§. 9 und 10 lauten so: Si de probationibus et quidem testibus, sic eas adhibebit, sic examinabit hosce, prout exigit forum judicis, ubi producuntur. Si de instrumentis, sic exhibenda, sic edenda, ut fert loci statutum, ubi exhi-

dabei blos auf die Glaubhaftigkeit des gerichtlichen Actes an, der immer nach der lex fori zu beurtheilen sei, weshalb denn requirirte Gerichte bei Zeugenverhören die bei ihnen vorgeschriebenen Formen zu beobachten hätten[2]). Er beruft sich dabei auf Mittermaier als einen Zeugen über die Praxis. An der angeführten Stelle[3]) trägt der letztere Schriftsteller aber blos seine eigene freilich auf dasselbe Resultat hinauslaufende Meinung vor, behauptet, daß der französische Richter die Zeugen nach der französischen Form vernehme, und meint, daß man in Baden ähnlich handeln werde, ohne jedoch weder für die eigene Meinung innere Gründe, noch für die behauptete französische oder für die vermuthete badische Praxis Beispiele anzuführen. Im Gegentheil wird anerkannt, daß der requirirte Richter nur als Mandatar des requirirenden handle, und sich daher auch in Betreff der Formen des Verhörs nur nach dessen Auftrage richten müsse. Dabei wird sogar ausdrücklich bezeugt „die Sitte mancher deutschen Gerichte, dem requirirten Gerichte die Formvorschriften des einheimischen Gesetzes des Requirenten mitzutheilen und um Beobachtung dieser Formen zu ersuchen". — Weshalb es dennoch im Leben anders gehalten werden soll, bleibt hiernach unklar.

Wenn die Meinung von Voet, Mittermaier u. Schäffner gesetzlich festgestellt wäre, so könnten daraus nicht selten bedenkliche Zeugenverhöre sich entwickeln. Man denke sich den Fall in der Art, wie er häufig in der Praxis vorkommt. Es klagt eine vom Gerichtsorte weit entfernte Partei und verlangt Abhörung von Zeugen an ihrem eigenen Wohnorte, woselbst öffentliches Verhör als Regel gilt. Wenn es auch um recht bedeutende Summen sich handelt, so wird es doch in den meisten Fällen für die ver-

---

bentur, vel eduntur. — Story selbst macht hierzu wegen der Allgemeinheit dieser Ausdrücke die Bemerkung: perhaps he may have intended to give them a more limited application. Die von Voet für seine Meinung citirten Stellen des römischen Rechts (L. 3 i. f. D. de testibus L. 2 C. Testamenta que madmodum aperiantur) beweisen jedenfalls Das, worauf es hier ankommt, nicht.

2) Vgl. Schäffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts. Frankfurt am Main, 1841. S. 206—207.

3) Vgl. Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis. Bd. XIII, S. 308.

klagte Partei zu weitläufig und kostspielig sein, selbst zum Verhörtermine zu reisen oder ihren Sachführer hinzuschicken. Sie kann freilich durch einen am Orte des Verhörs wohnenden Anwalt sich vertreten lassen, der aber bei mangelnder Kenntniß der Akten ihr durch seine Gegenwart schwerlich viel wird nützen können. Auch der verhörende Richter kennt den Zusammenhang der Sache nicht, kann Fragen, deren etwaige Ungehörigkeit nur daraus erkennbar ist, nicht zurückweisen und seine etwaigen Beobachtungen über das Verhalten der Zeugen und den Gang des Verhörs werden für den urtheilenden Richter nur selten von Nutzen sein können. Alle Vortheile, welche die Oeffentlichkeit im Falle der Gegenwart beider Parteien und der Zeugenvernehmung durch den urtheilenden Richter für die Erkenntniß materieller Wahrheit und eine darauf zu bauende gerechte Entscheidung darbieten kann, fallen also weg bei dem Verhör durch einen requirirten Richter, während zugleich die eine allein anwesende Partei alle Vortheile der Oeffentlichkeit für sich einseitig ausbeuten kann.

Der Verfasser dieser Abhandlung hat in der Praxis mehrfach Fälle solcher Art unter Händen gehabt. An seinem Wohnorte gilt noch das geheime Zeugenverhör des gemeinen Rechts. Er mußte daher jene Frage zunächst nach gemeinem Rechte und nach der Praxis prüfen. Was er dabei gefunden zu haben glaubt, dürfte auch für größere Kreise nicht ganz ohne Interesse sein, zumal wegen des Ganges, den solche Untersuchung nothwendig nehmen muß. Ist ein Zeugenverhör, welches nicht in den Formen des gemeinen Rechts vorgenommen worden, nach gemeinem Rechte gültig oder nichtig? Darauf kommt es bei der Beantwortung jener ersten Frage zunächst an. Gilt nämlich nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts die geheime Form des Zeugenverhörs als so wichtig für die Erforschung der Wahrheit, daß ihre Hintansetzung Nichtigkeit zur Folge hat, so kann solcher Mangel offenbar nicht dadurch geheilt werden, daß an dem Orte, wo der Zeuge verhört worden, jene Form nicht beobachtet wird. Fragt man aber nach der Wirkung, welche die Hinansetzung einer Rechtsregel hat, so muß man nothwendig auf die Quelle dieser Rechtsregel zurückgehen. Dadurch werden wir nun in die dunkelste Partie der Ge-

schichte unseres gemeinen Prozesses geführt, und es gilt den Versuch, hier etwas Licht zu gewinnen.

§. 1. Wie ist das geheime Zeugenverhör entstanden?

Mittermaier gibt auf diese Frage folgende Antwort: „Unfehlbar ist die geheime jetzt noch geltende Form nur durch Mißverständniß der L. 14 C. de testibus, durch den Uebergang des Irrthums in das canonische Recht, durch die sonderbare Analogie des Beichtvaters, der mit dem Beichtkinde allein sei, und durch Ausbildung des geheimen Verfahrens überhaupt entstanden“ 4).

Die Worte der L. 14 citata, deren falsche Interpretation solche Folgen gehabt haben soll:

> praecipimus, omnes, qui in civili scilicet causa suum praebent testimonium, separato — — judicantis secretum intrare

sind in der That wenig geeignet, bei Leuten, die das Corpus juris so genau kannten, wie die Glossatoren jener älteren Zeit, worin das geheime Zeugenverhör entstanden ist, einen solchen Irrthum zu erzeugen. Was Gundling in einer besonderen Abhandlung 5) beweisen zu müssen geglaubt hat, daß secretum judicantis den Gerichtsort bedeute, — das konnten die Glossatoren aus anderen Stellen des Corpus juris 6) selbst ersehen, wie schon Gonzalez Tellez erinnert hat 7). Auch findet sich in der Glosse zu der L. 14 C. citata keine Spur jenes Irrthums, und aus den Erörterungen über die bei den Glossatoren und den italienischen Prozessualisten des Mittelalters vielfach ventilirte Controverse über die Voraussetzungen, unter welchen eine mehrfache Produktion von Zeugen zulässig sei 8), geht ganz klar hervor, daß sie recht gut

---

4) Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 202.

5) de testium clandestino examine in Gundlingiana Stck. IX, No. IV, S. 343 ff. — vgl. auch Spangenberg im Archiv für civil. Praxis Bd. VI, S. 216.

6) L. ult. C. Ubi Senatores, vel Clarissimi. L. 3 C. de offic. div. judic. L. 2 C. de proximis sacr. scrin.

7) in Commentar. in Decretales Gregorii IX, ad c. 2, X de testibus §. 10.

8) cfr. Dissensiones Dominorum, ex edit. Hänel. pag. 228—230. —

wußten, wie nach römischem Rechte die Parteien bei dem Zeugenverhör zugegen sein durften. Zu dem Allem kommt noch die ganz bestimmte Aeußerung von Placentinus[9]), daß das geheime Zeugenverhör non per leges eingeführt sei.

Placentinus ist im Jahre 1192 gestorben[10]). Wenige Jahre später schrieb Pillius sein Buch de ordine judiciorum[11]). In Gratian's Dekret, welches um 1140 vollendet ward und blos das damals geltende Recht mit Ausscheidung alles Veralteten darstellen sollte, finden wir noch die Vornahme des Zeugenverhörs in Gegenwart des Produkten als unbedingte Regel angegeben[12]). Ja, noch in einer Dekretale von Lucius III. wird es als zur Gültigkeit des Zeugenverhörs nothwendig vorausgesetzt, daß der Produkt geladen werde: quod ad testes audiendos vadat, vel mittat infra terminum competentem[13]). Wie es zu erklären sein mag,

---

Pillius, de ordine judiciorum Pars III, §. 9 äußert sich so: Secundum hoc itaque videtur, quod ligitator possit interesse depositionibus surorum testium et adversarii et eas audire, et non probibeatur testes adhuc producere. arg. L. 27, §. 7 D. ad K. Juliam de adulteriis. L. 18 C. de fide instrumentorum. — Nov. 90 c. 9. — Verum omissis nunc omnibus quae a legum doctoribus in hoc casu scripta reperiuntur, istud obtinet hodie, quod testes jurant sub praesentia utriusque partis, et attestationes non audiuntur, nisi cum fuerit productionibus renunciatum et attestationes fuerint a judice postea publicatae.

9) cfr. Placentini Summa in Codicem. Moguntia 1536, p. 152 sub fin. — Die Stelle ist auch abgedruckt bei Bergmann, Pillii, Tancredi, Gratiae libri de judiciorum ordine p. 237, not. 17.

10) vgl. von Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd. IV, S. 217.

11) vgl. Bergmann in der Vorrede zu der oben (Note 9) erwähnten Ausgabe p. XVI, oben.

12) c. 7, §. 3 C. II, qu. 1. verbis: „si eo praesente, qui accusatus est, sub jurejurando contra eum testimonium dictum est."

13) c. 3, X de fidejussoribus (III, 22). Als das Jahr der Erlassung dieser Dekretale gibt J. H. Boehmer 1180 an, was aber nicht richtig sein kann, weil Lucius III. erst 1181 zur Regierung kam. Richter läßt die Jahreszahl unbestimmt. — Die Glosse bezieht die im Texte hervorgehobenen Worte auf eine Citation zur Beeidigung der Zeugen, oder zur Eröffnung ihrer Aussagen. — Dadurch wird aber etwas in die Stelle hinein getragen, wovon deren Worte nichts besagen und was auch in den Zusammenhang nicht paßt. Schon Gonzalez Tellez (l. c. ad c. 2 X de testibus § 13) hat nach-

daß dennoch jene beiden Schriftsteller, die gleichzeitig oder wenige Jahre später geschrieben haben, des geheimen Zeugenverhörs als einer wenigstens faktischen Regel gedenken, soll weiter unten erörtert werden. Hier genüge es, dargethan zu haben, daß beide das geheime Zeugenverhör als übliche Form schon kennen und es nicht nur nicht aus dem römischen Rechte ableiten, sondern sich sogar des Widerspruchs dieser Form mit dem römischen Rechte klar bewußt sind. Spätere Schriftsteller freilich, namentlich die Glosse des Corpus juris canonici[14]), sowie Tancredus[15]) u. Durandus[16]) sprechen außer einem andern, unten noch zu erwähnenden Entstehungsgrunde auch von der L. 14 C. de testibus, was denn jene, von Mittermaier vorgebrachte, freilich nicht, wie im Obigen bewiesen sein dürfte „unfehlbare", aber doch allerdings gangbare[17])

gewiesen, daß hier nur eine Citation zur Gegenwart bei dem Zeugenverhör gemeint sein kann.

14) Die Hauptstelle in dieser Glosse, worauf alle anderen zurückweisen, ist die zu c. 92, X de testibus ad voc. examinare sigillatim. Sie lautet so: Secrete enim, sive sigillatim testes examinandi sunt (arg. L. 14 C. de testibus. c. 21 X de accusationibus) sic etiam vota canonicorum in electionibus faciendis inquirenda sunt secrete (c. 42 X de electione) sicut Daniel secreto et separatim examinavit illos sacerdotes, qui accusabant Susannam. Et ideo examinandi secreto, et separatim: quia unus instrueret alium, et sequeretur dictum alterius: et ita non posset falsitas eorum facile deprehendi sic etiam in praesentia quis debet solus suo sacerdoti confiteri peccata. — Man sieht hier finden sich die beiden Momente, welche Mittermaier für die „unfehlbaren" Entstehungsgründe ausgibt, — aber untermischt mit anderen, die eben zeigen, daß alle diese Citate und Analogien nur Colorirung sind.

15) De ordine judiciorum P. III Tit. 9 § 2 (ed. Bergmann p. 237). Auch hier wird die L. 14 nur als Analogie angeführt und als eigentlicher Entstehungsgrund etwas Anderes angegeben.

16) Speculum juris Lib. I. P. IV, §. 7 initio. Auch hier erscheint die L. 14 citata erst in vierter Linie als bloße Colorirung.

17) Diese Idee von der vermeintlich großen Wirksamkeit eines Mißverständnisses der L. 14 C. de testibus ist ziemlich alt und auch noch in unserer Zeit nicht blos von Mittermaier für richtig gehalten. Sogar Hugo (Civil. Magazin Bd. V, S. 126) hing ihr noch an. Schon Donellus (Commentar. de jure civili Lib. XXV ad L. 19 C de testibus, ed. Francof. 1596 Tom. III, p. 215—218) und Gonzalez Tellez (ad c. 2 X de testibus) haben mit Rücksicht auf diese Meinung gezeigt, daß der wahre Sinn der L.

Meinung erzeugt hat, daß das geheime Zeugenverhör durch ein Mißverständniß der L. 14 C. de testibus entstanden sei. Solche Meinung konnte sich nur bilden in einer Zeit, wo man mit dem allgemeinen Charakter der Glossatoren des canonischen Rechts und der italienischen Prozessualisten des Mittelalters völlig unbekannt war. Ein Schriftsteller unserer Zeit, der sich eingehend mit ihnen beschäftigt hat, macht die sehr richtige Bemerkung, daß dieselben das Meiste nicht aus dem römischen oder canonischen Rechte entlehnten, sondern aus einer anderen Quelle, die sie consuetudo generalis nannten. — „Offenbar aber liebten diese Schriftsteller die Quellen des gemeinen Rechts und wiesen überall auf sie hin, obgleich sie nur zur Colorirung benutzt werden konnten" [18]).

Die gangbare Meinung über die Entstehung des geheimen Zeugenverhörs dürfte nach dem Obigen wohl als unrichtig anzusehen sein. Es kommt nun darauf an, den wirklichen Entstehungsgründen auf die Spur zu kommen. Bei dem Mangel eines bestimmten Zeugnisses hierüber ist man genöthigt, sich durch Conjektur zu helfen, wobei es indeß an Stützpunkten nicht gänzlich fehlt.

Verschiedene Momente scheinen für die Ausbildung des ganzen Verfahrens zusammen gewirkt zu haben.

1) Zunächst hat man wohl die Heimlichkeit des Zeugenverhörs als eine im Interesse der Producenten selbst anzuwendende prozessualische Cautel betrachtet, um ihnen nämlich die Möglichkeit einer weiteren Production von Zeugen nicht zu verkümmern.

Die Bestimmung der Nov. 90 c. 5, wonach eine vierte Production von Zeugen dann zuläßig sein soll, wenn der Producent schwört, daß weder er selbst, noch sein Rechtsbeistand von den

---

14 ein anderer sei. Donellus wird dabei ordentlich warm und verlangt die römische Oeffentlichkeit des Zeugenverhörs zurück. Es liegt ganz in dem theoretischen Charakter der Juristen des 16. Jahrhunderts zu meinen, daß eine aus praktischen Gründen hervorgegangene, aber theoretisch falsch motivirte Rechtsbildung verändert werden könne durch Widerlegung der theoretischen Motivirung.

18) vgl. Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts. Heidelb., 1853. S. 44.

Aussagen der früheren Zeugen etwas erfahren habe, — beweist freilich nicht, wie man wohl einmal gemeint hat: daß schon das neueste römische Recht die Heimlichkeit des Zeugenverhörs vorgeschrieben habe. Das hat Spangenberg allerdings überzeugend dargethan und sogar das Vorkommen eines Kreuzverhörs durch die Partei selbst noch für das Jahr 557 n. Chr. nachgewiesen[19]). So viel aber geht doch immerhin aus jener Bestimmung hervor, daß danach eine Befragung der Zeugen durch die Parteien selbst nicht mehr, wie noch nach dem Rechte der Pandekten[20]), unbedingte Regel war, wie denn überhaupt in der späteren Kaiserzeit die Thätigkeit des Richters bei der Zeugenvernehmung mehr an die Stelle des früheren Kreuzverhörs durch die Parteien tritt[21]).

Von historischer Richtung findet sich bei den Glossatoren keine Spur[22]). Solche verschiedene Aussprüche der Rechtsquellen, deren richtiges Verständniß durch die Würdigung ihres historischen Zusammenhanges bedingt ist, machten ihnen daher viel zu schaffen. Die Frage, wie die erwähnte Voraussetzung einer vierten Production von Zeugen mit der Zulässigkeit einer Anwesenheit der Parteien bei dem Zeugenverhör sich vereinigen lasse, ward unter ihnen zum Gegenstande einer lebhaften Controverse, worüber es nach der von Hänel zuerst herausgegebenen, aus dem Ende des zwölften Jahrhunderts (cfr. Praefatio, pag. XV) stammenden Collectio Codicis Chisiani der Dissensiones Dominorum nicht weniger als fünf verschiedene Meinungen gab[23]). Während es nach den ersten drei Meinungen darauf ankommen sollte; ob schon ein Beschluß zum Urtheil, ob ein Verzicht auf weitere Zeugenvernehmung Statt gefunden habe, ob von wiederholter Vernehmung der schon früher verhörten Zeugen die Rede sei, wird der Inhalt der vierten und fünften Meinung folgendermaßen angegeben:

---

19) vgl. Spangenberg im Archiv für civilistische Praxis Bd. VI, S. 217—226.

20) cfr. L. 27 §. 7 D. ad L. Juliam de adulteriis (XLVIII, 5).

21) vgl. Rau im Archiv für civil. Praxis Bd. XXXVIII, S. 232.

22) vgl. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Bd. V, S. 208—209.

23) vgl. Hänel, Dissensiones Dominorum, p. 228—230.

Alii dicunt, interesse, utrum in judicium testes quis producat, an non; nam si in judicio, eorum testimonia partibus praesentibus, sed testificata ignorantibus, recipiantur et nulli ex litigatoribus edantur, ne, quando forsan egeat aliis testibus causae natura, excludatur propter editionem testium adjectio, ut in Nov. 90 c. 8. Si vero non in judicio, sed ante forte quam inchoetur, testes ab aliquo producantur, ut eorum testimonium recipiatur et in actis redigatur, quia timetur forsan, ne moriantur vel recedant utraque parte praesente vel contumaciter absente, et adtestationes audiantur et testimonium feratur, ut in Nov. 90 c. 8. Quoniam vero. Alii dicunt, quod melius est, qui didicerit testificata suorum testium per judicem vel per disputationem, nec eos nec alios producere testes ei licebit, nisi ad improbandas testium adversarii depositiones, ut in Nov. 90 c. 4 et c. 8. Si vero alio modo et non per judices suorum testium testimonium didicerint, forte per eosdem testes, minime nocet ei ad aliorum testium productionem.

Mit dieser letzten gebilligten Meinung stimmt es überein, daß Tancredus, dessen Werk in den Jahren 1214 bis 1234 verfaßt ist[24]), der richterlichen Ermahnung an die Zeugen, über ihre Aussagen vorläufig zu schweigen, nur als einer rechtlich nicht nothwendigen, blos nützlichen Cautel gedenkt[25]). Doch zeigt die Zusammenstellung dieser Cautel mit anderen, die Glaubwürdigkeit der Zeugen betreffenden, daß man damals schon die Heimlichkeit des Zeugenverhörs mit dem Gedanken an die Glaubwürdigkeit der Zeugen in Verbindung brachte, — ein Gesichtspunkt, auf den wir unten noch zurückkommen werden. Zunächst mag noch ein Zeug=

24) vgl. die Vorrede zu der Bergmann'schen Ausgabe, p. IV—VIII.

25) Ordo judiciarius P. III, Tit. 9, §. 1, c. f. Moderni quippe judices hoc addunt ad cautelam: quod ita dicent veritatem, sicut sciunt, quia quod sciunt per visum, dicent de visu, et quod per auditum, dicent de auditu; nec dicent de credulitate, quod sciunt pro certo, vel e contra; et quod non manifestabunt partibus dictum suum, donec publicabitur. — Et licet haec per jura non probent, satis bona cautela videtur.

niß beigebracht werden für die Wirksamkeit des Gesichtspunktes der im Interesse des Producenten zu beachtenden prozessualischen Cautel. Es ist dies eine Stelle in der Glosse zu c. 7, §. 3 C. II, qu. 1, welche so lautet: Ego credo, quod quaecunque pars velit interesse interrogationibus, quod potest, quia partes melius noverunt quaerere omnes circumstantias: et hoc probatur L. 27, §. 7, D. ad L. Juliam de adulteriis. Sed hoc sciant partes, quod quaecunque pars semel interfuit, a modo non potest alios testes producere super illo articulo, ut c. 17 X de testibus, in Nov. 90 §. Quia vero col. 7. Diese Stelle trägt die Sigle: Joan. Es wird Johannes Teutonicus gemeint sein, der als berühmter Canonist und Glossator von Gratian's Dekret bekannt ist[26]), auch von dem Speculator Durandus oder Durantis (in der oben Note 16 citirten Stelle) mit Accursius als Vertreter der in dieser Glosse ausgedrückten Meinung genannt wird. Da er ein Schüler von Azo war[27]), so wird seine schriftstellerische Thätigkeit in die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts gefallen sein.

Zu dieser Rücksicht auf das prozessualische Interesse der Producenten, welche deren Anwälte gewiß oft veranlaßt hat, selbst auf Heimlichkeit des Zeugenverhörs anzutragen, kam

2) der Gedanke, daß durch geheime Befragung jedes einzelnen Zeugen die Wahrheit besser an den Tag komme.

Dieser Gedanke tritt hervor in einer Zeit, wo man bei den geistlichen Gerichten noch Oeffentlichkeit des Verfahrens kannte[28]).

---

26) vgl. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. Bd. III (1. Ausg.), S. 551, 582, 585, Bd. V, S. 256.

27) vgl. v. Savigny l. c., Bd. V, S. 5.

28) Es ist eine vielfach verbreitete Meinung, daß die Entstehung des geheimen Zeugenverhörs eine Folge der Ausbildung des geheimen Verfahrens bei den geistlichen Gerichten gewesen sei. Vgl. Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis Bd. V, S. 74. 202. — Diese Meinung steht im Widerspruch mit folgenden Thatsachen: Pillius, der vor Innocenz III. schrieb, kennt schon das geheime Zeugenverhör, und Placentinus, der schon vorher gestorben war, hat dafür einen Grund angegeben, der auf obigen Gedanken hinausläuft. Von Innocenz III. aber haben wir eine Dekretale, (c. 43 X de testibus), worin angeordnet wird, daß über den Inhalt eines von einem geistlichen Gerichte gefällten, nicht schriftlich verfaßten Urtheils Zeu-

Wie war es möglich, daß man bei sonst bestehenden öffentlichem Verfahren auf den Gedanken gerathen konnte, der Wahrheit besser durch geheime Vernehmung der Zeugen auf die Spur zu kommen? Wodurch ist die Wirksamkeit solchen Gedankens bewiesen?

Solche und ähnliche Fragen stoßen uns auf. Treten wir ihnen ein wenig näher!

a) Die Vortheile, welche das öffentliche Zeugenverhör für die Erforschung der Wahrheit bietet, werden von Denen, die die Wiedereinführung dieser Einrichtung in Deutschland in neuerer Zeit befürwortet haben, darin gefunden, daß die Zeugen vor dem vollständig versammelten urtheilenden Gerichte selbst in Gegenwart der Parteien verhört werden. Was von verschiedenen Schriftstellern[29]) über die Vorzüge eines von dem urtheilenden Richter selbst geleiteten Verhörs und über die Bedeutung der durch Anwesenheit beider Parteien gegebenen Garantie für Vollständigkeit und Wahrhaftigkeit der Zeugnisse gesagt worden, ist anscheinend so klar und unwiderleglich, und liegt scheinbar zugleich so sehr auf der Hand, daß, wenn die Sache damit allein erledigt wäre, schwerlich angenommen werden kann: man werde zur Zeit des Ueberganges aus diesem öffentlichen Verfahren zum geheimen Verhör jene Vortheile verkannt oder nicht berücksichtigt haben. Eine nähere Betrachtung der Natur und Wirkungen dieser Vortheile zeigt aber auch

b) daß in denselben ebenso viele Postulate gegeben sind, von deren vereinigter Existenz alle sachlichen Vorzüge des öffent-

---

gen vernommen werden sollen, — was eben voraussetzt, daß jenes Urtheil in Gegenwart unbetheiligter Zuhörer, also öffentlich, gefällt worden sei. — Auch fehlt es nicht an anderweitigen Zeugnissen, daß in jener Zeit das Verfahren bei den geistlichen Gerichten öffentlich war. Vergl. Hurter, Geschichte Innocenz des dritten und seiner Zeitgenossen, Bd. IV, S. 431, Note 164. — Die im Jahre 1215 von Innocenz III. angeordnete schriftliche Aufzeichnung (c. 11 X de probationibus) aller gerichtlichen Vorgänge ward eingeschärft durch Androhung von Strafen für den darin säumigen Richter, was eben zeigt, daß hier die in einer bestehenden Gewohnheit liegende Widerstandskraft zu besiegen war.

29) vgl. Mittermaier im Archiv für civilist. Praxis Bd. V, S. 196 bis 205. Reinhardt, Handbuch des Prozesses Bd. II, S. 324. Busch im Archiv für civil. Praxis Bd. XXXIX, S. 102.

lichen Verhörs abhängen. „Ich habe gefunden", sagt Reinhardt a. a. O., „daß die Zeugen selbst durch die Anwesenheit der Parthien nicht befangen werden, vielmehr gerade dadurch einen inneren Antrieb erhalten, klar und rücksichtslos zu sprechen, weil jede Rücksicht, die sie auf die eine Parthie nehmen würden, sogleich von der andern bemerkt würde." Diese Wirkung auf die Zeugen vermag offenbar nur die Anwesenheit der Parteien selbst, und nicht schon die der beiderseitigen Anwälte zu üben. — Soll ferner die Unmittelbarkeit des Eindrucks, welchen das Benehmen der Zeugen auf die Meinung des Richters über die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen vielleicht üben mag, für das Urtheil über das Beweisresultat in's Gewicht fallen können, so muß nicht nur das Verhör der Zeugen vor dem versammelten Gerichte vorgenommen werden, — was ja auch alle Freunde des öffentlichen Zeugenverhörs zu verlangen pflegen, — sondern es darf auch kein längerer Zeitraum zwischen dem Zeugenverhör und dem Urtheile liegen; denn subjektive Eindrücke dieser Art entschwinden dem Gedächtnisse leicht und lassen sich nicht gut protokollarisch festhalten. In den Fällen, wo das Urtheil nicht auf Grundlage der Zeugen-Aussagen allein, sondern erst nach umständlicher und zeitraubender Combination derselben mit anderen faktischen und rechtlichen Momenten gefällt werden kann, wird also der Vortheil, welchen der unmittelbare Eindruck des Zeugenverhörs mit sich bringen kann, schon abgeschwächt werden oder ganz verloren gehen. — In Betreff der Appellation entsteht ein weiteres Dilemma. Entweder muß man, wie manche Neuere wollen, die in der Möglichkeit weiterer Prüfung des Urtheils durch andere Richter liegende Garantie materieller Gerechtigkeit für die Thatfrage ganz ausschließen, oder es muß, wie nach römischem Rechte[30], gestattet sein, auch in der Appellationsinstanz Zeugen vernehmen zu lassen. Aber dieselben Zeugen? Unter den Glossatoren war das eine Controverse[31]. Azo und die Glossa ordinaria bejaheten diese

30) cfr. L. 6, §. 2 C. de appellationibus (VII, 62).

31) cfr. Hänel, Dissensiones Dominorum pag. 487, §. 345. — Glossa ad L. 6, §. 2 C. cit. et ad L. 4 C. de tempor. et repar. appell. (VII, 63).

Frage, letztere jedoch nicht ohne schließliche Hinweisung auf das canonische Recht, welches sie verneint habe, weil in der Gestattung abermaliger Vernehmung derselben Zeugen eine zu große Gefahr der Subornation liege, wodurch eben die Glaubwürdigkeit leide.

3) Die bei dem öffentlichen Zeugenverhör als Garantie für die Glaubwürdigkeit der Aussagen wesentlich nothwendige Anwesenheit beider Parteien kann für dieselben, zumal bei großer Entfernung des Gerichtsortes, so lästig sein, daß sie blos um dieser Last willen genöthigt sein können, lieber den ganzen Proceß aufzugeben und einem ungerechten Anspruche sich zu fügen. Das ward schon in der römischen Kaiserzeit fühlbar, als es zulässig war, einen Prozeß mit Umgehung des ordentlichen Richters aus den oft weit entfernten Provinzen an den Kaiser zu bringen. Constantin, zu dessen Zeiten die Vernehmung der Zeugen durch ihren blos dazu speziell requirirten Richter noch nicht für zulässig gehalten wurde, suchte für pupillos vel viduas aliosque fortunae injuria miserabiles durch die Verfügung zu helfen: intra provinciam in qua litigator e t t e s t e s vel instrumenta sunt, experiantur jurgandi fortunam[32]. Aus dieser Verordnung haben die Neueren ein s. g. forum miserabilium personarum gemacht, wovon bei der Lehre vom forum gehandelt zu werden pflegt. Die Glossatoren, obgleich fast ohne historischen Sinn, hatten hierin doch mehr Takt. Die Prozessualisten ihrer Zeit reden b e i d e r L e h r e v o m f o r u m überall nicht von den miserabiles personae. Und doch mußte, so lange die Oeffentlichkeit des Zeugenverhörs als Regel galt, dasselbe Bedürfniß, welches jene Verordnung Constantin's hervorgerufen hatte, auch damals gefühlt werden — wegen der Leichtigkeit, aus allen christlichen Ländern Streitigkeiten an die päbstliche Curie zu bringen. Freilich war die Statthaftigkeit einer Vernehmung entfernter Zeugen durch den nur hierzu requirirten Richter ihres Wohnorts schon von Justinian ausgesprochen[33]; aber man sieht es den in Nov. 90 cap. 6 getroffenen Anordnun-

---

32) cfr. L. unic. C. Quando Imperator (III, 15).

33) cfr. L. 18, C. de fide instrumentorum (IV, 21). — Nov. 90, cap. 6.

gen an, wie bedenklich und fremdartig dem Gesetzgeber selbst ein solches Verfahren erschien, welches ja auch bei sonst bestehender Regel der Oeffentlichkeit des Verhörs immer nur als Nothbehelf gelten kann. Deßhalb galt es auch unter Justinian noch als Regel, daß auch entfernte Zeugen vor dem judex causae erscheinen mußten[34]), und die Glossatoren hielten für bedeutendere und bedenklichere Fälle an dieser Regel fest[35]). Im Hinblicke auf diese Verhältnisse des damaligen Rechtszustandes erscheint es nicht ohne Bedeutung, daß in einem kurz vor Einführung des geheimen Zeugenverhörs geschriebenen Werke jener Zeit, welches sich die Darstellung des im praktischen Leben geltenden Prozeßrechts vorgesetzt hatte und großes Ansehen genoß, der Inhalt jener Verordnung Constantin's nicht, wie in den prozessualischen Lehrbüchern unserer Tage, bei der Lehre vom forum, sondern bei der Lehre von den Zeugen erwähnt wird[36]).

---

34) cfr. L. 19 C. de testibus.

35) Glossa ad Nov. 90, cap. 6 s. v. Abundantiam: Poterit ergo et in causis civilibus praecipere praesentari testes coram se, si sibi videtur propter causae magnitudinem et propter suspicionem testium.

36) cfr. Incerti auctoris Ordo judiciorum (Ulpianus de edendo) ex edit. Hänel. Lipsiae, 1838, S. 33—34. Das Alter dieses Büchleins, dessen Ansehen aus der Zahl der Handschriften und Glossen sich ergiebt (ad Praefat. pag. XXII—XXIII) wird von Wüstemann (in Hugo's civilist. Magazin Bd. V, S. 323) in das 12te oder 13te Jahrhundert, und von Hänel (praef. pag. XXI) wegen Unbekanntschaft des Verfassers mit der Glosse des Accursius vor deren Vollendung gesetzt. Eine noch genauere Begränzung wird aber möglich, wenn man den Umstand erwägt, daß dem Verfasser die geheime Form des Zeugenverhörs offenbar noch ganz unbekannt ist. Da Pillius, der vor Innocenz III. schrieb, und selbst Placentinus, der 1192 starb und in Frankreich, der muthmaßlichen Heimath des Buches, lehrte, diese Form schon als die regelmäßige kannten, so kann die Abfassung desselben nicht füglich später, als um die Zeit der Regierung des Pabstes Lucius III. (1181 bis 1185), von dem wir die letzte des öffentlichen Verhörs gedenkende Decretale (siehe oben Note 13) haben, geschehen sein. Für eine noch frühere Abfassung ließe sich vielleicht geltend machen, daß auch die der Hänel'schen Ausgabe angehängten, aus dem Harley'schen Codex entnommenen Formeln, welche später, als das Buch selbst geschrieben sein dürften, keine Rücksicht nehmen auf die Möglichkeit einer Abhörung der Zeugen durch Requisition, also von der Nothwendigkeit eines öffentlichen Zeugenverhörs auszugehen scheinen. Doch ließe das, wie sich unten zeigen wird, wohl noch eine andere Erklärung

4) Daß die Consequenz des dem öffentlichen Zeugenverhör zum Grunde liegenden Gedankens die Vernehmung der Zeugen vor dem versammelten Gerichte der Hauptsache voraussetzt, ist von allen Freunden dieses Verfahrens geltend gemacht und von Niemandem klarer gezeigt, als von Mittermaier selbst. Ebenso gewiß aber ist es, daß dies einen Zeitaufwand erfordert, welcher die Beobachtung solcher Form für alle Zeugenverhöre bei jedem stark beschäftigten Gerichte völlig unausführbar macht. Die Zeugnisse erfahrener Praktiker unserer Tage haben das für die gegenwärtige Zeit genugsam bewiesen[37]). Daß auch die geistlichen Gerichte jener Zeit, in welcher bei ihnen das geheime Zeugenverhör an die Stelle des öffentlichen trat, eine große Geschäftslast zu bewältigen hatten, zeigen die in der Decretalen-Sammlung Gregor's IX. uns aufbewahrten zahlreichen praktischen Erlasse und wird zum Ueberfluß von dem Biographen Innocenz des Dritten recht anschaulich gemacht[38]).

Den Postulaten für die fernere Anwendbarkeit des öffentlichen Zeugenverhörs traten also außer der Rücksicht auf die den Parteien zu bewahrende Möglichkeit weiterer Präsentation von Zeugen bei den geistlichen Gerichten jener Zeit drei Bedenken entgegen: der Gedanke mangelnder Glaubwürdigkeit der Zeugen bei abermaliger Vernehmung derselben vor dem Appellationsrichter, die mit der Nothwendigkeit persönlichen Erscheinens vor dem entfern-

---

zu. — Der rein praktische Zweck des ganzen Buches ergibt sich übrigens schon aus den Eingangsworten: Quoniam ea, quae in civilibus negotiis frequenter accidunt, scire perutile est, nescire omnibus turpe et paucis ignorare permissum, ea quae — — frequentius accidunt, verbis ad modum paucis perstringere satagemus.

37) Ueber die Erfahrungen in Rheinpreußen: (vgl. Schlink im Gerichtssaal. Jahrgang V, Bd. 2, S. 170—171, Note *), in Baiern: O. v. Völderndorff, daselbst, Jahrgg. VI, Bd. 1, S. 372 und 377, Note 2. Mittermaier (Archiv f. civ. Pr., V, S. 202) meint freilich: es sei „nicht einzusehen, daß die Vernehmung in der Sitzung mehr Zeit fordere, als die vor dem Deputirten", vergißt aber dabei, daß während der Vernehmung vor einem Deputirten die übrigen Gerichtsmitglieder andere Amtsgeschäfte erledigen können.

38) vgl. Hurter, Geschichte Pabst Innocenz des Dritten und seiner Zeitgenossen, Bd. I, S. 214—225.

ten Richter verbundene Last für Parteien und Zeugen, und der mit Vernehmung der Zeugen vor versammeltem Gerichte verbundene Zeitverlust für das Gericht. Um dieser drei Bedenken willen aber brauchte die Oeffentlichkeit des Zeugenverhörs noch nicht für alle Fälle aufgegeben zu werden. Eine Gerichtsverfassung, wie wir sie im römischen Rechte finden und wie sie in ähnlicher Weise das hierarchische System der römischen Kirche darbot, ließ noch ein Auskunftsmittel frei: die Ueberweisung ganzer Prozesse an die in der Heimath der Parteien und Zeugen befindlichen oder dorthin kommenden Richter durch Delegation. War in dem Commissorium die Appellation von dem judex delegatus an den Pabst ausgeschlossen, wofür es in den Decretalen an Beispielen nicht fehlt[39]), und gestattete die Natur der einzelnen Sache eine baldige Urtheilsfällung nach abgehaltenem Zeugenverhör, so waren alle Postulate für die Oeffentlichkeit solchen Verhörs vorhanden. Wahrscheinlich ist in solchen Fällen auch noch in der Zeit, wo für den ordentlichen canonischen Prozeß bereits das geheime Verhör als Regel galt, vor delegirten Richtern öffentlich procedirt worden. Dafür spricht zunächst der Umstand, daß in dem Commissorium des judex delegatus die Formen, worin vor demselben procedirt werden sollte, angegeben zu sein pflegten[40]), was keinen Sinn hätte ohne die Zulassung einer Abweichung von dem sonst regelmäßigen Verfahren; — es spricht dafür ferner die Fassung einer in dem Harley'schen Codex hinter dem s. g. Ulpianus de edendo (siehe oben Note 36) uns aufbewahrten Formel für die Bitte um einen judex delegatus[41]). Diese Formel lautet so:

> Instrumenta nostra alibi et testes nostri alibi degunt et hujus occasionis informati ratione vobis preces porrigimus, ut liceat nobis, sub quo volueris judice experiri jurgandi fortunam, ubi lis poterit opportunius exerceri,

---

39) cfr. c. 15. 27 X de officio et potestate judicis delegati (I, 29) c. 2 X de mutius petitionibus (II, 4) c. 9 X de appellationibus (II, 28).

40) cfr. c. 13 X de off. et pot. jud. del. — verbis: „si quando judici delegato expediat formam sibi statutam servare".

41) siehe die citirte Hänel'sche Ausgabe des s. g. Ulpianus de edendo S. 54.

ubi testes nostri degunt, qui facile per longum iter vocari non possunt, per quos facile possit veri fides elici et veritas quaestionis disquiri.

Der Gebrauch einer solchen Formel setzt öffentliches Zeugenverhör vor dem judex delegatus voraus, weil bei dem geheimen die Vernehmung derselben vor dem blos dazu requirirten Richter ihres Wohnorts vollständig genügt, also die Entfernung ihres Wohnorts die Bitte um einen judex delegatus nicht so, wie es hier geschehen ist, motiviren könnte. Es muß also entweder die Formel vor Einführung des geheimen Zeugenverhörs entworfen, oder auch nach solcher Einführung die Oeffentlichkeit des Verhörs vor einem judex delegatus noch gebräuchlich gewesen sein. Ersteres ist nicht sehr wahrscheinlich, weil ihre Anhängung an den s. g. Ulpianus de edendo schon eine gewisse Verbreitung dieser Schrift, in welcher das Decret Gratian's bereits citirt ist, voraussetzt. Dafür aber, daß auch nach allgemeiner Einführung des geheimen Zeugenverhörs in den Proceß der geistlichen Gerichte die Oeffentlichkeit eines solchen vor einem geistlichen Richter wenigstens nichts Unerhörtes gewesen sei, haben wir einen bestimmten Beweis in einem uns erhaltenen Protokoll über eine Zeugenvernehmung aus dem Jahre 1265 [42]). Freilich fand dieselbe vor einem

---

42) Die Dominikaner zu Hamburg waren damals mit der dortigen Weltgeistlichkeit über Beerdigungsrechte in Streit und hatten von der ihnen ungünstigen Entscheidung des Domcapitels an den Pabst appellirt, als der zur Beilegung verschiedener Wirren in Dänemark und dem nördlichen Deutschland abgeordnete päbstliche Legat, Cardinal Guido, nach Hamburg kam. Auf erhaltene Kunde von dem Streite veranlaßte er die Parteien, auf ihn zu compromittiren. In dem von Lappenberg herausgegebenen 1sten Bande des Hamburgischen Urkundenbuches finden wir die Compromiß-Akte vom 12. December 1265 auf S. 562—565, das Protokoll über die Zeugenvernehmung durch den Cardinal selbst am 23. December 1265 auf S. 566—568, und das Urtheil vom 26. December 1265 auf S. 587—589. In dem Compromiß verzichten die Parteien auf alle möglichen sonstigen Formalitäten, ohne daß aber von einer abweichenden Form des Zeugenverhörs ein Wort erwähnt würde. Das Verhörprotokoll gedenkt der Anwesenheit des Cardinals, einer Produktion der Zeugen vor ihm, erwähnt nicht eines Wieder-Abtretens der Parteien, noch auch einer am Schlusse des Verhörs an die Zeugen gerichteten Ermahnung zum Schweigen über ihre Aussagen, wohl aber ver-

Schiedsrichter statt, gegen dessen Urtheil nach Inhalt des Compromisses keine Appellation zuläßig war, von welchem aber wegen seiner Stellung als päbstlicher Legat und Cardinal doch nicht anzunehmen ist, daß er ein von der damals üblichen Procedur vor einem geistlichen judex delegatus wesentlich abweichendes, in Rom als ganz unzuläßig geltendes Verfahren vor sich werde zugelassen haben.

Vor einem delegirten oder Schiedsrichter also konnte, wenn die Appellation ausgeschlossen war, von allen Vortheilen des öffentlichen Zeugenverhörs Gebrauch gemacht werden, zumal auch die Rücksicht auf die den Parteien zu bewahrende Möglichkeit weiterer Zeugenproduction bei solchem Verfahren wohl meistens wegfiel. Für den ordentlichen Prozeß vor geistlichen Gerichten aber mußte in Folge der starken Ausdehnung päbstlicher Jurisdiction unter Alexander III. und Innocenz III. und der daraus hervorgehenden Geschäftsüberhäufung der geistlichen Gerichte die geheime Form des Zeugenverhörs, worauf als auf eine processualische Cautel (s. oben No. 1) oder wegen der Beschwerlichkeit persönlicher Gegenwart (No. 3) die Parteien selbst oft angetragen haben durften, alsso zweckmäßig, ja nothwendig erscheinen, daß sie bald zu einer gewohnheitsrechtlichen werden konnte. Dieses Gewohnheitsrecht nun suchten die Juristen jener Zeit zunächst und vorzüglich durch die Behauptung zu begründen, daß dasselbe von dem Propheten Daniel eingeführt sei[43]. Wie konnte man auf eine solche Art

---

schiedener an die Zeugen gerichteter Kreuzfragen. Auch ist weder in diesem Protokoll, noch in dem drei Tage nachher gesprochenen Urtheil mit einer Sylbe von einer nachträglichen Eröffnung der Zeugenaussagen die Rede, welche doch bei einem geheimen Verhör wesentlich nothwendig, bei einem öffentlichen aber überflüssig ist. Aus allen diesen Momenten geht hervor, daß das Verhör in Gegenwart der Parteien angestellt sein muß, und daß man dies damals bei einem Verfahren solcher Art noch als etwas Selbstverständliches, keiner besonderen Motivirung Bedürftiges angesehen hat.

43) Die älteste Spur dieser Begründung und zugleich die älteste Stelle, wo des geheimen Zeugenverhörs überhaupt erwähnt wird, ist die oben (Note 9) erwähnte Aeußerung von Placentinus in seiner Summa Codicis: examinatio testium non per leges, sed per Danielem introducta est. Nachher kehrt sie wieder bei Tancredus (ordo judiciarius III, 9 §. 2, ex edit. Bergmann p. 237): Et haec separatio testium per Danielem intro-

der Begründung kommen? Auf den ersten Blick erscheint dieselbe um so auffallender, als Placentinus, welcher zuerst auf diese Autorität sich berufen zu haben scheint, ja selbst noch das öffentliche Zeugenverhör in frischer Uebung gekannt haben muß.

Um solches Räthsel zu lösen, muß man zunächst sich erinnern, daß Placentinus über den Widerspruch der Heimlichkeit des Zeugenverhörs mit dem römischen Rechte keineswegs im Zweifel sich befand, dieses Widerspruchs der neuen gewohnheitsrechtlichen Form mit den „leges“ vielmehr ganz klar sich bewußt war. Es handelte sich also für ihn und die ihm folgenden Juristen darum, eine wichtige gewohnheitsrechtliche Abweichung von der gesetzlichen Regel theoretisch zu rechtfertigen, eine Aufgabe, die um so schwieriger scheinen mußte, als gerade Placentinus nach seiner Auslegung der L. 2 C. Quae sit longa consuetudo dem Gewohnheitsrechte die Kraft, ein Gesetz abzuschaffen, nicht zugestehen konnte[44], wie denn überhaupt die römische Kirche und die Jurisprudenz der Glossatoren einer solchen Autorität des Gewohnheitsrechts keines-

---

ducta est, sicut legitur in historia de Susanna et nequissimis sacerdotibus; — bei Gratia (de judiciario ordine II, 6 §. 1 i. f. ex edit. Bergmann p. 371): Haec autem forma scrutandi sumsit initium a Daniele propheta in causa Susannae; bei Damasus (Summa de ordine judiciario Tit. 65 in Wunderlich Anecdota p. 104): Et quod taliter sit procedendum, probatur etiam per exemplum Daniélis, qui separatim et in secreto recepit testes, ita quod unus alium deponentem non audivit, — ferner in der Glosse des Corpus juris civilis zu L. 19 C. de testibus und in der Glosse des Corpus juris canonici zu c. 7, §. 3 C. II, qu. 1, zu c. 52 X de testibus (siehe oben Note 14), zu c. 21 X de accusationibus (V, 1). Auch Durantis (Speculum juris I, 4 §. 7, No. 1) und Gonzalez Tellez (ad c. 2 X de testibus §. 5) berufen sich noch auf das von ihnen s. g. 13te Capitel des Daniel. Eine, übrigens blos analoge, Herbeiziehung der L. 14 de testibus findet sich zuerst bei Tancred, dessen Beispiel hierin nicht von Gratia und Damasus, wohl aber von den meisten Späteren, befolgt wird. Es wiederholt sich hier die anderweitig (vgl. Briegleb, Executivprozeß, 2te Aufl., Thl. I, S. 14—15) bemerkte Erscheinung, daß die Tendenz, die aus praktischen Bedürfnissen hervorgegangenen veränderten Rechtszustände durch eine verkehrte Auslegung einzelner Stellen des römischen Rechts zu motiviren, weniger den Glossatoren, als ihren Nachfolgern vorgeworfen werden kann.

44) vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht Thl. II, S. 204.

weges günstig waren[45]). Zurückstehen aber mußte das Ansehen der leges, wenn eine auf höherer Offenbarung ruhende Autorität ihnen gegenüber trat. Auf diesem Gedanken beruhete ja überhaupt der praktische Vorzug des canonischen Rechts vor dem römischen Rechte. Von demselben Gesichtspunkte aus mußte das in der Historie von der Susanna berichtete Verfahren des Daniel als ein willkommenes Hülfsmittel erscheinen für die theoretische Rechtfertigung desjenigen Verfahrens, welches eigentlich aus dem praktischen Bedürfnisse heraus gewohnheitsrechtlich sich entwickelt hatte[46]).

Durch diese Art der theoretischen Motivirung trat unter den verschiedenen für die Einführung des geheimen Zeugenverhörs wirkenden praktischen Momenten die Rücksicht auf größere Glaubwürdigkeit für das Bewußtsein der Juristen in den Vordergrund. Es läßt sich auch in der That nicht verkennen, daß, wenn z. B. ein Zeuge von einem mit dem Zusammenhange der Sache weiter nicht bekannten, und daher auch zur Zurückweisung unpassender Fragen oft wohl nicht genügend instruirter Commissarius in Gegenwart einer Partei, während die andere durch einen Bevollmächtigten sich vertreten lassen muß, verhört wird, dabei einseitige Einwirkungen auf den Zeugen viel mehr zu befürchten sind, als wenn der Zeuge unter Fernhaltung beider Parteien über die von dem Richter der Hauptsache vorher geprüften Artikel und Fragestücke vernommen wird. Das Verhör der Zeugen vor dem Gerichte selbst war aber bei dem Geschäftsdrange der geistlichen Gerichte

---

45) vgl. Puchta, l. c. Thl. I, S. 184—188, 192—193. Thl. II, S. 37.

46) Mancher Leser fragt vielleicht verwundert: wie denn das Buch Daniel zu einem 13ten Capitel und wie die apokryphische Historie von der Susanna zu der Ehre komme, als vermeintliche Offenbarung eine weltliche Rechtsquelle aus dem Felde schlagen zu können? Man darf aber dabei nicht übersehen, daß die römische Kirche seit den Zeiten des Augustinus die Apokryphen für canonisch gehalten hat. vgl. Keerl, die Apokryphenfrage. Leipzig 1855. S. 283—284. Diese Historie mit dem in ihr erwähnten Zeugenverhör des Daniel scheint überhaupt im italienischen Mittelalter auch im Volksbewußtsein sehr bekannt gewesen zu sein. Darauf deutet wenigstens die sprichwörtliche Bezeichnung eines weisen Richters als eines Daniel im „Kaufmann von Venedig", dessen Stoff der Dichter bekanntlich aus italienischen Quellen genommen hat.

so sehr außer Gebrauch gekommen, daß man bei der römischen Curie selbst bloße Notarien zu diesem Geschäfte ohne weitere Theilnahme eines Richters zu committiren pflegte[47]), und daß, als der dort übliche Proceß nachher auf das Reichskammergericht überging, in Beziehung auf dessen Praxis die Rechtsfrage aufgeworfen ward: ob es dem Richter überall zustehe, die Zeugen selbst zu verhören[48])?

§. 2. Welche rechtliche Wirkung hat nach gemeinem Prozeßrechte eine Abweichung von der gemeinrechtlichen Form des geheimen Zeugenverhörs?

Seit dem als wesentliches Motiv für die Heimlichkeit die Rücksicht auf Glaubwürdigkeit[49]) des Zeugenverhörs betrachtet wurde,

---

47) vgl. Durantis, Speculum juris I, 4 §. 7, No. 2 initio.

48) vgl. Rau im Archiv für civilist. Praxis, Bd. XXXVIII, S. 426.

49) Entschieden tritt diese Rücksicht hervor in der Glosse zu c. 52 X de testibus, Und zwar im Casus. — verbis: Papa invenit ex relatione ipsorum inquisitorum, quod testes illi non erant recepti secreto et sigillatim, cum ea diligentia, quae solet in testibus adhiberi: unde non adhibuit fidem eorum dictis; ferner ad voc. Examinare sigillatim — verbis: Et ideo examinandi secreto et separatim: quia unus instrueret alium et sequeretur dictum alterius: et ita non posset falsitas eorum facile deprehendi. Die materielle Richtigkeit dieser Bemerkung wird auch in Beziehung auf den französischen Criminalprozeß unserer Tage hervorgehoben von Mittermaier im Gerichtssaal. Jahrg. III, B. 1, S. 183—184. — Die unbedingten Freunde des öffentlichen Verhörs läugnen auch eigentlich nicht, daß es nothwendig sei, die Zeugen einzeln zu vernehmen, wollen aber einen Unterschied machen zwischen Absonderung der Zeugen von einander und der Geheimhaltung ihrer Aussagen gegen die Parteien. Schon Donellus distinguirt in solcher Weise, indem er l. c. (siehe oben Note 17) p. 217 infra sagt: Huc etiam confertur exemplum Danielis ex historia Susannae. — — Sed hoc exemplum contrariam sententiam oppugnat. Nam, ut ex lectione ejus loci patebit, Daniel testes interrogavit seorsim; sed id fecit praesente populo et praesentibus marito, ipsa Susanna et tota familia. Auch Mittermaier erklärt ungeachtet seiner Vorliebe für das öffentliche Verhör es für eine „von selbst sich verstehende Vorschrift, daß jeder Zeuge einzeln vernommen werde". (Siehe Archiv V, S. 205 und die oben erwähnte Aeußerung im Gerichtssaal). Rein theoretisch genommen, ist gegen solche Distinction freilich nichts einzuwenden. Im wirklichen Leben aber wird bei abgesonderter, jedoch öffentlicher Vernehmung der

mußte auch das Anfangs nur als nützliche Cautel eingeführte Verbot an die Zeugen, über ihre Aussagen irgend eine Mittheilung zu machen, nach der Natur der Sache als nothwendig und die Regel der Absonderung jedes Zeugen von den anderen Zeugen und den Parteien überhaupt als so wesentlich erscheinen, daß jede Abweichung davon die Nichtigkeit des Zeugenverhörs zur Folge haben mußte. In der Glosse des Corpus juris canonici ist das bestimmt ausgesprochen [50]) und nach dem Zeugnisse älterer Prozessualisten [51]) in Deutschland anerkannt. Deshalb wird denn auch wenn es um die Vernehmung auswärtiger Zeugen sich handelt, in dem Requisitionsschreiben um die Beobachtung der bezüglichen Formen des Verhörs gebeten [52]). Wir aber: wenn der requirirte

---

Zeugen die durch die Absonderung bezweckte Garantie der Wahrhaftigkeit in Folge der Oeffentlichkeit meistens wieder verloren gehen. Mittermaier selbst hat (Gerichtssaal, Jahrg. III, Bd. 1, S. 182) hervorgehoben, wie bei öffentlichem Verhör, zumal wenn dasselbe mehrere Tage dauert, ein Zeuge von dem anderen, oder von den Zuhörern oder aus öffentlichen Blättern, dessen Aussagen erfahren kann, bevor er selbst vernommen wird. Kann das schon bei der formellen Strenge des französischen Criminalprozesses vorkommen, um wie viel mehr im Civilprozesse, in welchem nach der Natur der Sache auf temporäre Abhaltungen der Zeugen durch Krankheit, Reisen oder Geschäfte mehr Rücksicht genommen werden muß. Aus Gründen solcher Art ist es nach den Erfahrungen des Verfassers in den Fällen, wo eine Mehrzahl von Zeugen benannt worden, eine seltene Ausnahme, daß alle Zeugen an demselben Tage verhört werden können.

50) cfr. Glossa ad c. X de electione (I, 6) s. v. secrete: sicut testes in secreto deponere debent, ut liberius dicant veritatem, alias non valet dictum testis und ad c. 52 X de testibus am Schlusse des Casus: Nota, quod testes sigillatim et secreto sunt examinandi, alias non valent.

51) vgl. Ludovici, Einleitung zum Civilprozeß. Halle, 1719. S. 148, §. 32. — J. H. Böhmer, Jus Ecclesiasicum Protestantium Lib. II, Tit. 20, §. 38 sub. I.

52) Eine solche Bitte findet sich schon in den bei Durantis und Ulrich Tengler aufgenommenen Formularen. vgl. Durantis Speculum juris Lib. I, P. IV de teste §. 3 (Francf. 1612 fol., p. 298) verbis: cogatis eos veritati testimonium perhibere, attestationes ipsas in publicam formam redactas et nulli partium proditas, nobis sub vestro sigillo secrete inclusas per fidelem nuntium quanto citius transmissuri. Dies Formular kehrt in deutscher Uebersetzung wieder in Ulrich Tengler's

Richter nicht diese, sondern die auf Oeffentlichkeit berechneten Formen seines Landes beobachtet? Was ist dann Rechtens?

§. 3. Theorie und Praxis in Betreff des Verhörs auswärtiger Zeugen.

Aus dem Obigen ergibt sich, daß nach den Grundsätzen des gemeinen Prozeßrechts die Beweiskraft des Zeugnisses durch die Heimlichkeit des Zeugenverhörs bedingt ist. Der entgegengesetzte Gedanke herrscht in den Gesetzgebungen, welche Oeffentlichkeit des Verhörs vorschreiben, insofern sie eben die Oeffentlichkeit als wesentliche Bedingung für die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses ansehen. Wendet man nun hierauf die allgemeinen Grundsätze über die Collision der Prozeßgesetze an, so gewinnt man ein ganz anderes Resultat, als das in der Einleitung dieser Abhandlung erwähnte, von Voet, Mittermaier und Schäffner vorgetragene. Als allgemeine Regel stellt Mittermaier selbst[53]) mit Recht den Grundsatz hin: „Ist von den Rücksichten die Rede, welche auf die Beweiskraft des Actes sich beziehen, der im Auslande vorgenommen worden ist, so können nur die Gesetze des Orts, wo der Prozeß entschieden werden soll, entscheiden". Uebereinstimmend hiermit entwickelt Martin[54]): „daß die ganze Beweisführung in einem Rechtsstreite nicht nur in Ansehung der äußern Form, sondern hauptsächlich auch in Ansehung der Zulässigkeit und Wirkung der Beweismittel lediglich zu beurtheilen ist nach den Prozeßgesetzen des Gerichts, bei welchen der Beweis geführt wird". Gilt nun die bei dem Gerichte, wo der Prozeß geführt wird, an=

Laienspiegel (Ausgabe von 1536, Blatt 78, S. 2), vgl. auch Eichhorn, deutsche Staats= und Rechtsgeschichte. 4te Ausg., Thl. III, §. 461 sub. I. — Was in solchen Werken gelehrt wird, die als Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts gelten können, woraus der gemeine Prozeß hervorgegangen ist, wäre wohl richtiger als gemeinrechtliche Regel, denn blos als eine „Sitte mancher deutschen Gerichte" zu bezeichnen gewesen.

53) siehe Archiv f. civil. Praxis, Bd. XIII, S. 310.

54) siehe Martin, Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses. Leipzig, 1855. Bd. 1, S. 99. vgl. auch Seuffert, praktisches Pandektenrecht. 3te Ag., §. 17, No. 5 und Archiv f. civ. Praxis. Bd. XXXVIII, S. 79. — Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. V, S. 312.

genommene Form des Zeugenverhörs als wesentlich für die Beweiskraft des Zeugnisses, so folgt mit Nothwendigkeit, daß auswärtige, nach einer andern Form verhörte Zeugen nicht dadurch glaubwürdig werden können, daß der sie verhörende Richter nur nach seinem Gesetze, und nicht nach dem Gesetze des requirirenden Richters verfahren zu dürfen gemeint hat. Ich sage ausdrücklich „gemeint hat", — weil ich es nicht für richtig halten kann, was Mittermaier zur Entschuldigung der nur ihr eigenes Gesetz beachtenden Richter behauptet: „daß der requirirte Richter selbst nur an die Gesetze seines Landes gebunden ist, also keinen Auftrag annehmen kann, welcher ihn nöthigt, prozessualische Handlungen auf andere Art, als sein Gesetz es gestattet, vorzunehmen [55])". Diejenigen Gesetze eines Landes über Beweisformen, an die der Richter „gebunden" ist, beziehen sich nach der Natur der Sache ja doch immer nur auf die von ihm selbst zu beurtheilenden Beweisformen, auf die Formen des Beweises in den Prozessen, die er selbst entscheiden soll. Wo gäbe es denn ein Gesetz, welches dem Richter nicht gestattete, den Gerichten anderer Länder, in denen andere Beweisformen gelten, unter Beobachtung ihrer Formen Rechtshülfe zu gewähren. Obgleich kein Zeitalter bisher reicher gewesen ist an allerlei Gesetzgebungsversuchen, als das unsrige und schwerlich ein Jurist belesener in allen diesen Versuchen, als eben Mittermaier, so dürfte es ihm doch wohl schwerlich gelingen, irgend ein Beispiel dafür namhaft zu machen, daß der Gedanke, solche Gewährung von Rechtshülfe für unstatthaft zu erklären, mit Gesetzeskraft versehen wäre.

Ist aber durch kein Gesetz seines eigenen Landes einem Richter geboten, die Anwendung der Formen des requirirenden Gerichts zu verweigern, so kann doch durch die Einseitigkeit des requirirten Richters eine solche Weigerung vorkommen. Was bringt nun für diesen Fall das gemeine deutsche Prozeßrecht mit sich? Die Consequenz der oben entwickelten Grundsätze würde dahin führen, ein etwa nach anderen Formen vorgenommenes Zeugenverhör ohne Weiteres als nichtig und die Rechtshülfe als verweigert zu betrachten. Indeß darf man nicht übersehen, daß die Thätigkeit

55) siehe Archiv f. civ. Praxis. Bd. XIII, S. 308.

der Gerichte nicht sowohl die unbedingte Geltendmachung theoretischer Principien, als vielmehr den möglichsten Schutz des materiellen Rechts durch eine den Partein nach Kräften zu gewährende Hülfe zum Zwecke hat. Deshalb werden die theoretischen Grundsätze in der Praxis nur cum grano salis anzuwenden sein. Einige Mittheilungen aus der Praxis der Lübeck'schen Gerichte scheinen geeignet, das näher zu erläutern.

1) Ein Handlungshaus in Liverpool hatte gegen einen Lübeckschen Kaufmann aus einem Getraidehandel geklagt. Die Kläger sollten beweisen, daß das Getraide in Liverpool eine gewisse Beschaffenheit gehabt habe und benannten zu dem Ende dortige Arbeiter als Zeugen. Es entspann sich nun ein Incidentstreit über die Frage: ob in dem wegen Abhörung dieser Zeugen nach Liverpool zu erlassenden Requisitionsschreiben die Beobachtung der gemeinrechtlichen Formen des Verhörs in der Art vorzuschreiben sei, daß, wenn solche dort nicht stattfinden dürfe, das Verhör gar nicht vorgenommen werden solle? Diese Frage ward vom Oberappellationsgerichte verneint, und zwar, wie es in den Entscheidungsgründen heißt: „theils, weil es sehr möglich, ja selbst wahrscheinlich ist, daß die englischen Behörden, — indem hier nicht eine Beweisführung vor einem englischen Gerichte in Frage steht, — bei der Beobachtung der gewünschten Formen keinen Anstand finden werden, — — theils, weil, wenn dieses nicht sein sollte, sich wieder mehrfache eventuelle Fälle denken lassen, welche einer verschiedenen Beurtheilung unterliegen können, z. B. jenachdem die sämmtlichen Formen oder nur einzelne derselben nicht beobachtet worden, und jenachdem eine materielle Einwirkung hiervon ersichtlich ist oder nicht Uebrigens versteht sich dabei so viel von selbst, daß die Kläger, welche, da sie bei den Lübeck'schen Gerichten processiren und einen Beweis führen wollen, für ihre Person schuldig sind, sich nach den bei diesen Gerichten deshalb bestehenden Vorschriften zu richten, nicht geflissentlich durch ihre Handlungen die Beobachtung der fraglichen Formen verhindern, daß sie also, wenn die englische Behörde bereit ist, die Zeugen ohne ihre und der übrigen Zeugen Beisein zu vernehmen, nicht auf einem entgegengesetzten Verfahren bestehen dürfen". (Erkenntniß v. 31. März 1837 i. S. Gibbons & Healing c. Marty). Das Ver=

hör ward demnächst in Liverpool nach den hiesigen Formen abgehalten.

2) In einem Prozesse zwischen zwei hiesigen Parteien ward ein von hier gebürtiger junger Mann als Zeuge benannt, welcher zur Zeit der Beweisantretung als Handlungsdiener in Rio grande do Sul sich aufhielt. In dem dorthin erlassenen Requisitionsschreiben war ordnungsmäßig um die Beobachtung der darin angegebenen hiesigen Formen gebeten, von welchen die Geheimhaltung der Aussagen wegen der vertraulichen Beziehungen des Zeugen zu der einen Partei besonders wünschenswerth war. Der brasilianische Richter verweigerte jedoch das Verhör unter Anführung verschiedener Gründe, namentlich auch: weil in seinem Lande andere Formen gebräuchlich seien. Das Niedergericht zu Lübeck verordnete darauf am 15. Januar 1853: daß jener Richter auf diplomatischem Wege durch seine Regierung zur Ausführung der Requisition in beantragter Weise zu veranlassen sei, und es erfolgte auch die betreffende Verfügung. Inzwischen hatte sich der Zeuge bereits von Rio grande do Sul wieder entfernt, um in Montevideo oder Buenos Agres eine Stelle an einem Comptoir zu suchen. Als dies dem hiesigen Gerichte angezeigt ward, ergingen nach beiden Städten ähnliche Requisitionsschreiben, und es erfolgte demnächst die Abhörung des Zeugen nach den hiesigen Formen.

3) In einem Prozesse verschiedener Bewohner von Tilsit gegen eine hiesige Versicherungs-Gesellschaft hatten beide Parteien Zeugen vorgeschlagen, die in Tilsit wohnhaft waren. In dem dorthin erlassenen Requisitionsschreiben war der gemeinrechtlichen Formen nicht besonders erwähnt, in der Voraussetzung, daß ein preußischer Richter diese kennen werde. Das demnächst eingesandte Verhörprotokoll ergab jedoch, daß der klägerische Zeuge in Gegenwart eines dortigen Anwalts der Kläger, ein beklagtischer Zeuge in Gegenwart desselben Anwalts und eines Klägers, ein anderer beklagtischer Zeuge ohne eine solche Anwesenheit betheiligter Personen vernommen war. In materieller Beziehung war ein Einfluß der Anwesenheit des einen Klägers und seines Anwalts auf die Aussage des ersten beklagtischen Zeugen nicht ersichtlich, weßhalb das hiesige Niedergericht, von dem Gedanken ausgehend, daß aus den von dem Oberappellationsgerichte ausgesprochenen (oben

unter 1 mitgetheilten) Grunden die von den Klägern und Producenten selbst verschuldete Formenverletzung in Betreff ihres eigenen Zeugen strenger zu beurtheilen sei, am 31. Jan. 1857 nur den klägerischen, nicht aber den beklagtischen Zeugenbeweis für nichtig erklärte. Beide Parteien beruhigten sich bei diesem Erkenntnisse.

In diesen drei Fällen, deren letzter die gegenwärtige Abhandlung zunächst veranlaßt hat, war die materielle Bedeutung der gemeinrechtlichen Formen des Verhörs bei auswärtigen Zeugen ein Gegenstand spezieller Erwägung. Zahlreiche andere Fälle sind vorgekommen, in welchen dem Ersuchen um Beobachtung der hiesigen Formen von requirirten Richtern, in deren Ländern öffentliches Verhör die Regel ist, ohne irgend welche Weiterung entsprochen wurde. Von England, dessen oben (unter 1) schon gedacht wurde, liegen noch mehr Beispiele vor. Requisitionen nach Preußen, Kurhessen und Hannover nach Einführung des öffentlichen Verhörs in diesen Ländern sind ohne Weiteres nach den gemeinrechtlichen Formen erledigt worden. Kurz: es fehlt für den Beweis einer entgegenstehenden Praxis in der Praxis selbst an Anhaltspunkten, wenigstens an solchen, die als wirkliche Zeugnisse eines internationalen Rechtsbewußtseins gelten könnten und auf die mehr Gewicht zu legen wäre, als für gelegentliche Bedenklichkeiten einzelner Gerichte dieses oder jenes Landes, die eben so gut blos aus Eigensinn oder Bequemlichkeit hervorgehen können, beansprucht werden darf.

§. 4. Legislatorische Betrachtungen.

Das geheime Zeugenverhör mit seinen Artikeln und Fragestücken ist in der neueren Zeit vielfach als verkehrt und unzweckmäßig angefochten worden, und zwar, so weit ersichtlich, ohne eine solche Beimischung politischer Motive, wie deren bei dem Rufe nach Oeffentlichkeit und Mündlichkeit mit Geschwornengerichten im Criminalprozesse zu Tage liegen. Denn es sind Männer der verschiedensten politischen Richtungen, die sich mit Praktikern in der Bekämpfung des articulirten Zeugenverhörs begegnen[56]). Bei einem

56) vgl. Mittermaier im Archiv für civilist. Praxis, Bd. V, S. 79.

solchen Verhör, heißt es, habe die Gerichtsperson sich darauf zu beschränken, den Inhalt der Artikel im Einzelnen den Zeugen vorzuhalten und die Antworten, wie sie darauf erfolgen, ohne Weiteres niederzuschreiben. Anders verhalte es sich bei dem summarischen Verhör. Hier müsse der Richter den mehr gedrängt vorliegenden Stoff benutzen, um selbst erst die Zeugen auf das, worüber sie sich erklären sollen, hinzuleiten; er finde sich dadurch genöthigt, das worauf es ankomme, ihnen gehörig deutlich zu machen, und sei nicht, wie bei den Artikeln, gebunden, eine Ueberschreitung der nach deren Inhalte gesteckten Gränzen, vielleicht zum Nachtheil der Sache, zu vermeiden. — Es ist der Mühe werth, mit diesen Ausstellungen einmal die Anweisungen zu vergleichen, welche für das geheime Verhör nach Artikeln zur Zeit seiner Blüthe von den damaligen Prozessualisten gegeben sind. Die anschaulichste Schilderung des ganzen Verfahrens findet sich bei Bonaguida [57]), und lautet so:

Item servabit judex in examinatione testium istum modum. Dicet testi: Frater, salva animam tuam; dicas, quae scis, de tali facto; jurasti dicere veritatem. Et audiat eum usque ad finem sui dicti, et faciat, quod dicit, scribi per notarium. Et hoc audito et scripto dicet testi: modo respondeas mihi: et titulum teneat judex in manibus, et dicat testi: quomodo scis ea, quae dixisti super tali articulo, et interroget prius quandoque de eo, quod est in fine dicti illius testis, quandoque de eo, quod est in medio, quandoque de eo, quod est in principio, nec servet ordinem scripturae in inquirendo de praedictis, ut videat, utrum testis deponat vera vel verisimilia, et utrum vacil-

— Reinhardt, Handbuch des Prozesses, Bd. II, S. 323—324. — Hassenpflug, kleine Schriften juristischen Inhalts. Bd. I, S. 64—65. Busch im Archiv f. civ. Praxis. Bd. XXXIX, S. 102.

57) cfr. Bonaguidae Summa introductoria super officio advocationis in foro ecclesiae (um 1249 geschrieben) P. III, Tit. 7 (bei Wunderlich, Anecdota. S. 289—290). Aehnliche Vorschriften für das Verfahren gibt Pillius de ordine judiciorum P. III, §. 11 (ex edit. Bergmann S. 70, Z. 29—35) und Durantis, Speculum juris L. I, P. IV, §. 7, No. 3.

let in dicto suo, vel cum trepidatione vel cum constantia et firmitate deponat, quia sermonum constantiam et trepidationem judex attendere debet in examinando testes.

Schwerlich wird man unter den Forderungen, die von irgend welchen neueren Gegnern der gemeinrechtlichen Formen an ein Zeugenverhör überhaupt gestellt werden, die Beschreibung einer genaueren Fürsorge für die erschöpfendste Forschung nach der ganzen Wissenschaft des Zeugen und für die materielle Richtung seiner Aussagen finden, als in diesen und ähnlichen für das gemeinrechtliche Verhör gegebenen Anweisungen. Die Artikel sollen danach keineswegs eine Schranke oder Gränze für die an den Zeugen zu stellenden Fragen sein, sondern nur dazu dienen, den Gegenstand der schon vorher vernommenen zusammenhängenden Erzählung seiner ganzen Wissenschaft über die streitige Thatsache bestimmter und schärfer mit besonderer Hervorhebung der relevanten Punkte zu spezialisiren.

Wie kommt es nun, daß aus einem so zweckmäßig eingerichteten Verfahren die Karrikatur geworden ist, als welche das articulirte Verhör dargestellt wird? Ist es nicht lediglich die Bequemlichkeit der Praxis, welcher diese Verzerrung zugeschrieben werden muß? Wollte man den gerügten Uebelständen auf dem Wege der Gesetzgebung abhelfen, so hätte man bei klarer Einsicht in die Natur jenes Verfahrens und in die Verhältnisse des Lebens dazu schwerlich eines so großen Anlaufes bedurft, wie man seit einer längeren Reihe von Jahren in vielen Ländern genommen hat. Es bedurfte zunächst nur einer Abstellung der in die Praxis eingeschlichenen Mißbräuche, einer Einschärfung der Grundgedanken des bestehenden Verfahrens. Anstatt hierauf sich zu beschränken, ist man aber zurückgegangen auf das öffentliche Verhör des römischen und des älteren canonischen Rechts, dessen Verdrängung durch das geheime Verhör nach den Ursachen darzustellen diese Abhandlung versucht hat. Ob das im Allgemeinen für die Verhältnisse unserer Zeit angemessen sei, soll hier nicht untersucht, sondern schließlich nur der Wunsch ausgesprochen werden, daß man die Oeffentlichkeit des Zeugenverhörs nicht ausdehnen möge auf solche Fälle, in welchen die faktischen Voraussetzungen fehlen, die bei dieser Form des Verhörs als Garantie für die Glaubwürdigkeit und

Unparteilichkeit der Zeugen wesentlich in Betracht kommen. Diese Voraussetzungen bestehen in der persönlichen Anwesenheit beider Parteien, sowie des mit den einschlagenden faktischen Verhältnissen der Sache schon bekannt gewordenen, und eben durch solche Bekanntschaft zur gehörigen Würdigung des Verhaltens der Parteien und Zeugen besser befähigten Richters der Hauptsache. Weil diese Voraussetzungen bei der durch Requisition geschehenden Abhörung auswärtiger Zeugen und bei Zeugenvernehmungen zum ewigen Gedächtnisse fehlen, hat ein gegenwärtig der verfassungsmäßigen Berathung unterliegender Entwurf einer Civilprozeß-Ordnung für die freie Hansestadt Lübeck, welcher sonst öffentliches Zeugenverhör als Regel hinstellt und demgemäß Beweisartikel und Fragestücke ausschließt, dieselben in §. 96 für diese beiden Fälle zugelassen. In solcher Zulassung liegt die Forderung einer dem Verhör vorhergehenden Prüfung aller an den Zeugen zu richtenden Fragen, wodurch die Gegenwart der Parteien jedenfalls unnöthig wird. Da ein Recht auf solche Gegenwart, wenn es faktisch nur von einer Partei, z. B. der am Wohnorte der auswärtigen Zeugen wohnenden, ausgeübt werden kann, leicht zu einer einseitigen Einwirkung auf die Zeugen sich mißbrauchen läßt, so würde für dergl. Fälle consequenterweise auch die Gegenwart der Parteien bei dem Verhöre auszuschließen sein. Aehnliche Rücksichten treten auch in einigen anderen Fällen ein, z. B. wenn auf der einen Seite der Bevollmächtigte einer auswärtigen oder der mit dem Sachverhalt persönlich unbekannte Erbe einer verstorbenen Partei steht. In allen solchen Fällen, deren gemeinsames Merkmal in der Möglichkeit einseitiger Ausbeutung der Oeffentlichkeit liegt, dürfte die gemeinrechtliche Form vor der öffentlichen den Vorzug verdienen, wenn anders die Prozeßgesetze nicht zur bloßen Realisirung eines abstrakten Princips, sondern zur praktischen Sicherung des materiellen Rechts der prozessirenden Parteien dienen sollen.

Ueberhaupt sollte man bei der Prozeßgesetzgebung in deutschen Ländern nicht übersehen, was ein unter der Herrschaft französischen Rechts lebender geistvoller Praktiker[58]) gesagt hat:

---

58) vgl. Schlink im Gerichtssaal. Jahrg. II, Bd. 2, S. 318. 319.

„Aus einer Mischung des römischen und canonischen Rechts erwachsen, durch die Erfahrungen von Jahrhunderten bereichert, ist der deutsche Prozeß eine Größe, die man nicht mit einem Federzuge zernichten kann, sondern der man auch noch in der Zukunft wird huldigen und Gehorsam wird leisten müssen, wenn sie gleich eine theilweise Metamorphose zu bestehen haben wird. — —

Man hüte sich also wohl, sein eigenes Besitzthum geringe zu achten, dasselbe wie die Bergschlösser des Mittelalters zu verlassen und der Fremde ohne alle Aenderungen einen Bau zu entlehnen, welcher die großartigsten Mängel aufzuweisen hat."

III.

Die Lehre von der Gerichtszuständigkeit mit Rücksicht auf die neuesten wissenschaftlichen Arbeiten über den Gegenstand, und besonderer Rücksicht auf das Werk von Pisanelli.

Von

Mittermaier.

Keine Lehre des bürgerlichen Prozesses ist so wenig Gegenstand einer ausführlichen wissenschaftlichen Behandlung geworden, als die Lehre von der Gerichtszuständigkeit. Zwar fehlt es in Deutschland nicht an wichtigen rechtshistorischen Forschungen über die römischen Gerichtsverhältnisse, und an Erörterungen über die Natur der einzelnen Gerichtsstände; allein die in dieser Lehre noch jetzt entscheidenden Rechtsbegriffe und Rechtsansichten sind zum großen Theil die Ausflüsse von Ansichten, die schon im Mittelalter vorzüglich durch die italienischen Juristen durch Mischung canonischer Vorschriften und germanischer Einrichtungen ausgebildet wurden, worüber Planck in seinen beiden Werken: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrechte und der neuen Lehre, von dem Beweisurtheil, Gött. 1848, viel Beachtungswerthes geliefert hat. Eine Reihe der in dieser Lehre wichtigen Rechtsbegriffe wird aber auch durch das öffentliche Recht bestimmt, und nur durch richtige Auffassungen der einschlägigen Verhältnisse ist